

**Sección nº 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866150

FAX: 934867109

EMAIL:aps11.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120138191048

Recurso de apelación

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de L'Hospitalet de Llobregat
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 917/2013Parte recurrente/Solicitante: Caixabank, S.A.
Procurador/a: Javier Segura Zariquiey
Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a: Esther Ribote Cantos, Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: MARIO M. CAMPELO CANTOS, Oscar Serrano Castells**SENTENCIA Nº 348/2018**

Ilmos. Sres.

Don Josep M^a Bachs i Estany (Presidente)
Don Antonio Gómez Canal
Don Antonio J. Martínez Cendán (Ponente)

En Barcelona, a 20 de junio de 2018.

La Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm. , sobre indemnización de daños y perjuicios, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat, por demanda de don y doña , representados por el procurador don Pedro Moratal Sendra y defendidos por el letrado don Oscar Serrano Castells, contra IPME 2012, S.A., representada por el procurador doña Esther Ribote Cantos y defendida por el letrado don , y contra CAIXABANK, S.A., representada por el procurador don Javier Segura Zariquiey y defendida por el letrado don , que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por las demandadas contra la sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 18 de marzo de 2015.

Expresa la decisión del Tribunal el magistrado Ilmo. Sr. don Antonio J. Martínez Cendán, que actúa como ponente.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En el juicio ordinario núm. , tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat, se dictó sentencia el día 18 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"ESTIMO la demanda interpuesta por la representación de D. y D^a contra IPME 2012 S.A (antes Bankpime) y contra CAIXABANK S.A, y en su virtud:
1º DECLARO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO de suscripción de 35 Bonos de FERGO AISA suscrito entre los demandantes y Bankpime el 14/8/2006 (bonos AISA, 08/11 5% B0) por incumplimiento contractual de la demandada IPME 2012 S.A.
2º CONDENO A LAS DEMANDADAS A ABONAR, CONJUNTA Y SOLIDARIAMENTE A LOS DEMANDANTES el importe que resulte de las siguientes operaciones: 35.000 euros menos los rendimientos obtenidos por los demandantes como cupones a su favor, más el interés legal del dinero desde la demanda y el interés procesal desde esta sentencia.
Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución CAIXABANK S.A. interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, la falta de legitimación pasiva, la caducidad de la acción de nulidad, ausencia de incumplimiento contractual ni de las obligaciones de información, diligencia y lealtad.

La parte actora presentó escrito de oposición al anterior recurso.

La demandada IPME 2012, S.A. formuló también oposición parcial al recurso de apelación (sobre la invocada falta de legitimación pasiva de Caixabank) e impugnó la sentencia en base a las siguientes alegaciones: 1.- Caducidad de la acción subsidiaria de anulabilidad; 2.- Naturaleza del contrato: no hubo asesoramiento sino depósito y administración de valores; 3.- Falta de legitimación pasiva. La obligación de pagar los cupones era del emisor; 4.- El cumplimiento de las obligaciones legales: la carga probatoria de la información facilitada; 5.- Infracción de las reglas sobre carga de la prueba, error valoración de las pruebas y falta de motivación.

Emplazados los litigantes ante esta Sala, comparecieron en tiempo y forma.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad

Codi Segur de Verificació GA98U54EA85B554MKDS73WZCVUOWW046

Doc electrònic garantit amb signatura-e Adreça web per verificar https://justicia.gencat.cat/AP/consultasCSV.html

Data i hora 21/06/2018 13:27

Signat per Martínez Cerdan, Antonio Jose, Bachs Estany, Jose M, Gomez Canal, Antonio.





de celebración de vista, el día 6 de junio de 2017 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor, a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- Argumentaron los actores ser personas de perfil conservador, no expertos en actividades financieras y que confiaron en todo momento en su asesor don [redacted], agente de Bankpime y titular de [redacted], cuando les indicó que Bankpime tenía un producto muy interesante, completamente seguro y que ofrecía una rentabilidad de un 5%. Siguiendo su consejo, el 14 de agosto de 2006 contrataron 35 títulos de bonos "Fergo Aisa 8/11 5%", por valor nominal de 35.000 euros. En la orden de compra se afirmaba que en la fecha de vencimiento (14/8/2011) el Banco estaba obligado a recomprar y el titular a revender la totalidad de los activos financieros.

Que ni Bankpime ni su agente les entregó documento alguno ni les explicó las características del producto ni sus riesgos y en la fecha del vencimiento no se les devolvió el precio de los valores. Tampoco advirtieron de la mala situación de la entidad emisora, ni en 2007 cuando ya era conocido por Bankpime el deterioro de la solvencia de Fergo Aisa, se le advirtió de la conveniencia de vender los títulos y recuperar el capital.

Entendiendo que la demandada incumplió sus obligaciones legales y contractuales, ejercitaron una acción de resolución contractual frente a IPME 2012, S.A. (antes Bankpime), por incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, con petición de indemnización por daños y perjuicios. Subsidiariamente, una acción de nulidad radical del art. 6.3 del Código Civil por incumplimiento de las obligaciones legales de información y, finalmente, de forma también subsidiaria, una acción de anulabilidad contractual por vicio del consentimiento prestado por error.

2.- IPME 2012, S.A. presentó escrito de contestación e invocó la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no





demandarse a Caixabank, S.A., argumentando que en fecha 1/12/2011 se otorgó escritura de elevación a público de documento privado de compraventa del negocio de Bankpime, hoy IPME, a favor de Caixabank, S.A., dejando IPME de actuar en el negocio bancario.

En cuanto al fondo, argumentó que Bankpime facilitó toda la información necesaria y cumplió con las exigencias legales de información; que los bonos de la empresa constructora Fergo Aisa no son un producto complejo; que no asumió labores de asesoramiento sino que actuó sólo como intermediaria, ejecutando la orden de suscripción que recibió del cliente.

3.- La parte actora amplió la demanda frente a la entidad Caixabank, S.A., que se personó en las actuaciones y contestó argumentando la falta de legitimación pasiva dado que, como consecuencia del contrato de compraventa del negocio bancario a Bankpime, no es responsable de las reclamaciones efectuadas al vendedor, al quedar excluidos expresamente del contrato. Se opuso también a las acciones ejercitadas, invocando la caducidad de la acción de nulidad.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la acción principal de resolución del contrato e indemnización de los daños y perjuicios causados, al considerar acreditado que la demandada y su sucesora incumplieron los deberes de prestar una información clara y suficiente sobre el producto vendido, sus riesgos, su naturaleza y los posibles inconvenientes.

SEGUNDO.- Recurso de apelación formulado por la representación de CAIXABANK, S.A.

1.- Falta de legitimación pasiva.

Argumenta, en primer lugar, como ya lo hiciera en la primera instancia con carácter principal, su falta de legitimación pasiva "ad causam", por lo que será esta cuestión la que deberá resolverse en primer lugar, toda vez que una eventual estimación de la misma obviaría la necesidad de conocer del resto de sus alegaciones.

Alegó Caixabank que no era sucesora de Bankpime (IPME 2012, S.A.), pues sólo existió la compra de una serie de activos del negocio bancario, "sin sucesión universal", en el contrato de compraventa de negocio suscrito el de 29 de septiembre de 2011 y elevado a público en virtud de

Codi Segur de Verificació: GA98U54EA5B554MKDS73WZCVUOWW046

Doc electrònic garantit amb signatura = Adreça web per verificar: https://justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora: 21/06/2018 13:27

Signat per: Martínez Cerdan, Antonio Jose, Bachs Estany, Jose M, Gomez Canal, Antonio,





escritura pública otorgada el día 1 de diciembre de 2011.

Bankpyme, con la nueva denominación IPME 2012, mantiene su personalidad jurídica y sigue operando en el tráfico jurídico. Dicha mercantil fue declarada en concurso en 7 de marzo de 2014. Tras la venta, la entidad Caixabank queda subrogada en el contrato de cuenta de valores (administración y custodia).

En esta tesitura se plantea si la compradora (Caixabank) está pasivamente legitimada para soportar las acciones como consecuencia del incumplimiento de la obligación de información, cuestión sobre la que existía una clara contradicción en la jurisprudencia de las Audiencias

La cuestión ha sido definitivamente resuelta por la Sala Primera del TS reunida en pleno, en su sentencia núm. 652/2017, de 29 de noviembre, por el que ha desestimado el recurso de casación interpuesto por Caixabank contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que la hacía responsable por la comercialización por Bankpime de determinados productos financieros complejos: *"...La sala manifiesta que la interpretación de esta última cláusula por Caixabank, en la que pretende exonerarse de responsabilidad, es fraudulenta, pues defrauda los derechos legítimos del cliente bancario, que es un tercero frente al cual dicha cláusula carece de eficacia, pues no es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos. Además, los clientes debían poder confiar en la apariencia de la transmisión, pues les fue presentada -y así lo fue y corroboraban los signos externos, mismas oficinas, mismos trabajadores- como una transmisión global del negocio bancario".*

El pleno de la sala, por último, reitera su doctrina relativa a inexistencia de caducidad, la existencia de legitimación pasiva de la empresa de inversión comercializadora de los productos de inversión, y confirma que no se trata de una cesión de contratos sino del negocio bancario como unidad económica, pues de haberse tratado de cesiones individuales de contratos, habrían de haber sido consentidas por cada uno de los clientes cedidos.

Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias del TS núm. 55/18, de 1 de febrero, y 257/18, de 26 abril.

Codi Segur de Verificació: G:98U54EA5B554MKDS73WZC:VUCWVW046

Doc electrònic: garantit amb signatura-e Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signal per Martínez Centan: Antonio Jose Bachs Estany, Jose M. Gomez Canal, Antonio

Data i hora: 21/06/2018 13:27





2.- Caducidad de la acción de nulidad.

Insiste el apelante en denunciar la caducidad de la acción subsidiaria, no analizada en la sentencia recurrida al estimar la principal de resolución.

Pese a lo intrascendente de esta cuestión, en cuanto que, como se dirá, se confirmará la sentencia apelada, indicaremos que, presentada la demanda en fecha 16 de septiembre de 2013, no se encontraba caducada la acción por el transcurso del plazo de cuatro años plazo previsto en el artículo 1.301 del CC.

La fecha inicial del cómputo de dicho plazo, como razonó la Sentencia nº769/14 del Pleno del Tribunal Supremo, de fecha 12 de enero 2015, no es la de la adquisición del producto, de forma tal que desde la consumación del contrato en fecha 14 de agosto de 2011 (fecha del vencimiento) no había transcurrido el plazo de cuatro años cuando se presentó la demanda.

3.- Incumplimiento contractual y de las obligaciones de información, diligencia y lealtad.

Los demandantes adquirieron los bonos de Aisa porque Bankpime las comercializaba y se las ofertó. No consta si las participaciones adquiridas por la demandante habían sido emitidas directamente por Aisa para esa operación o si fueron transmitidas por un anterior titular.

Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un





mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

Establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-1-2014 que, dada la desproporción entre la entidad financiera y su cliente (salvo que se trate de un profesional), es necesario proteger al inversor minorista no experimentado, debiendo entenderse que las entidades financieras no se limitan a la distribución de los productos, sino que prestan al cliente un servicio de asesoramiento.

Las sentencias del Tribunal Supremo núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha

Codi Segur de Verificació GA98U54EA5B554MKDS73WZCVU0W046

Doc electrònic: garantit amb signatura -> Adreça web per verificar https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signal per Martínez Cerdan, Antonio Jose Bachs Estany, Jose M. Gomez Canal, Antonio

Data i hora 21/06/2018 13:27





omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la parte demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

En el presente procedimiento la demandada no ha acreditado en modo alguno que cumpliera con este deber de información. La declaración testifical del Sr. (director financiero de Bankpime), al no haber participado directamente en la comercialización, no acredita el cumplimiento de dicho deber. No consta que, con anterioridad a la compra de los bonos, se informara a los actores de las características del producto; no consta qué información verbal se le facilitó el día de la firma del contrato ni qué información se ofreció en el contrato, al no haberse aportado copia del mismo; tampoco consta la entrega de folleto informativo alguno ni información posterior a la firma del contrato.

Consideramos que este incumplimiento es un hecho fuente de responsabilidad de la entidad bancaria. Cuestiona la apelante los daños y perjuicios fijados en la sentencia, que deberían corresponderse con la diferencia entre el valor de adquisición y el eventual valor actual del producto.

La sentencia apelada acuerda el abono de la cantidad que corresponda tomando como base la inversión realizada de 35.000 euros, a los que habrá que restar las cantidades percibidas por los demandantes en concepto de pago de cupón anual; que dicha cantidad se incrementará con los intereses legales desde la reclamación judicial y los procesales desde la fecha de esta sentencia, y que los demandantes deberán permitir la anotación contable que suponga la restitución de los títulos a Caixabank, actual titular del negocio bancario.

Consideramos que dichas consecuencias son acordes con la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 30 de diciembre 2014, 20 de julio de 2017 y 16 de noviembre, sobre el cálculo del perjuicio sufrido por el inversor en casos similares.

TERCERO.- Impugnación de IPME 2012, S.A. Inadmisibilidad.

Codi Segur de Verificació: GA98U54EAE6B554MKD573WZCVUOWW046

Doc electrònic garantit amb signatura -e Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 21/06/2018 13:27

Signat per: Martínez Cerdán, Antonio Jose, Bachs Estany, Jose M, Gomez Canal, Antonio.





IPME 2012 S.A. no recurrió inicialmente la sentencia en que se estimaba totalmente la demanda, sino que la impugnó con ocasión de oponerse al recurso interpuesto por CAIXABANK, cuando, además, ya había transcurrido para ella el plazo para interponer recurso de apelación.

La primera cuestión que plantea el análisis de esta impugnación es la de su propia admisibilidad, pues como ha tenido ocasión de recordar recientemente la STS de 26 de abril de 2017, *"la apreciación de los requisitos de admisibilidad de un recurso, o en este caso de una impugnación, debe ser realizada de oficio por el tribunal ad quem (sentencia 869/2009, de 18 de enero de 2010), sin necesidad de que las demás partes cuestionen la admisibilidad del recurso o la impugnación"*.

La jurisprudencia relativa a la impugnación de sentencia, de la que es ejemplo la STS de 6 de marzo de 2014, ha señalado que son dos los requisitos que se exigen para que sea admisible la impugnación de la sentencia, que resultan de la consideración conjunta de los apartados 1 y 4 del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero consiste en que el impugnante no haya apelado inicialmente la sentencia. La impugnación no puede utilizarse para ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante ha formulado su recurso aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado (STS núm. 869/2009, de 18 enero de 2010). Este requisito ha sido matizado en los casos de pluralidad de partes.

El segundo requisito es que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado. La sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero de 2010, declara sobre este particular que *«el artículo 461.4 LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado»*.

La posterior STS num. 632/2013, de 21 de octubre, ha declarado:

«No sucede lo mismo con quien ahora recurre, puesto que inicialmente no apeló y dejó transcurrir el plazo concedido para oponerse al recurso interpuesto por el otro codemandado, utilizando el trámite de impugnación de la





parte actora, inicialmente apelado, para introducir una nueva impugnación en ningún caso autorizada por el artículo 461.4 de la LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se de traslado únicamente al apelante principal, lo que revela que este escrito no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado (STS 13 de enero 2010)».

Pues bien, en el caso enjuiciado, del mismo modo que ocurría en el caso resuelto por la STS de 6 de marzo de 2014, la aplicación de esa doctrina conduce a la desestimación de la impugnación. Y es que, IPME 2012, S.A. no ha formulado propiamente una impugnación de la sentencia que cuestione los pronunciamientos favorables al apelante inicial, CAIXABANK, (que no los había), sino que ha pretendido cuestionar los pronunciamientos favorables a los demandantes, que no han apelado (ni podían hacerlo pues la sentencia les ha sido plenamente favorable).

De ese modo, la impugnación ha buscado simplemente eludir los efectos de la preclusión de su posibilidad de combatir, mediante el recurso de apelación, los pronunciamientos de la sentencia.

No constituye óbice a todo lo anterior que la inicial apelante y la "impugnante" hubiesen sido condenadas solidariamente, y con el recurso de apelación pretendiese la apelante resultar absuelta, porque carece de legitimación para interesar la condena de la codemandada.

En conclusión, como las causas de inadmisión se convierten en este momento procesal en causas de desestimación, procede desestimar la impugnación de IPME 2012, S.A. e imponerle las costas causadas por su impugnación.

CUARTO.- Costas de la apelación y destino del recurso.

La desestimación del recurso de apelación y de impugnación de la sentencia determina la imposición de las costas causadas en segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 398. 2 de la LEC.

Conforme al punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, procede la pérdida del depósito constituido.

F A L L O





Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAIXABANK, S.A. y el de impugnación formulado por IPME 2012, S.A. contra la sentencia de 18 de marzo de 2015, dictada en juicio ordinario núm. , seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat.

2º Confirmar la sentencia de primera instancia.

3º Imponer las costas causadas en la segunda instancia a los recurrentes y acordar la pérdida del depósito.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 208.4 LEC, se informa a las partes que esta sentencia no es firme. Dictada en un proceso de cuantía inferior a 600.000 euros, contra ella cabe recurso de casación, siempre que su resolución presente interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal, ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán (arts. 477.2.3º y 3, 478.1 y D. Final 16ª LEC y arts. 2 y 3 Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña).

Firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo acordamos y firmamos.

Codi Segur de Verificació: GA98U54EAE5B554MKDS73WZCVU0VW046

Doc electrònic: garantit amb signatura-e Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/API/consultaCSV.html>

Signat per Martínez Cerdán, Antonio Jose Bachs Estany, Jose M. Gomez Canal, Antonio

Data i hora: 21/06/2018 13:27

